

Hermes o la continuación de Antígona por otros medios. Una crítica del interpretativismo*

Andrés Rosler[†]

CONICET – UBA

Resumen

Si bien es innegable que la repercusión del interpretativismo, tanto en el ámbito académico como en el forense, ha sido formidable, se trata de una posición que tiene serias dificultades para acomodar un ingrediente fundamental de todo sistema jurídico, a saber, la autoridad. A continuación entonces, nos centraremos en *Law's Empire*, la obra en la cual Dworkin expone la versión interpretativista de su pensamiento jurídico, y describiremos los tres grandes pilares del interpretativismo dworkiniano para luego mostrar algunas de sus deficiencias. Dicho sea de paso, la repercusión del interpretativismo ha sido tal que da la impresión de que, para poder identificar sus tesis principales, ni siquiera hace falta recurrir a la obra de Dworkin, sino que es suficiente observar la práctica judicial actual. De ahí que incluso si, por alguna razón, nuestro retrato no fuera fiel a la obra de Dworkin, sino que resultara ser un 'hombre de paja' – como se suele decir en inglés–, no por ser de paja, este hombre dejaría de ser de interés.

Palabras clave: Interpretativismo - Ronald Dworkin - positivismo - iusnaturalismo

Abstract

Even though the repercussion of interpretativism in the forensic and academic fields has been undeniably formidable, it is a posture that has serious difficulties to accommodate a fundamental ingredient of every legal

* Le agradezco mucho a Guillermo Jensen por sus valiosos comentarios a una versión anterior de este trabajo.

[†] Abogado por la Universidad de Buenos Aires, Master en Ciencia Política y Doctor en Derecho por la Universidad de Oxford. Actualmente es profesor de Filosofía del Derecho en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires e investigador del CONICET.

system, authority. in the following article, we will center on Dworkin's Law's Empire, in which he exhibits the interpretativist version of his legal thought, and we will describe the three pillars of Dworkinian interpretativism, to later show some of its deficiencies. In addition, the repercussion of interpretativism has been such, that it could give the impression that, to identify the main thesis, it is not necessary to use Dworkin's writings, but that it is enough to observe the ongoing legal practice. According to this line of thought, even if, for some reason, our portrait was not faithful to Dworkin's work, but a mere "straw man" it would not mean it loses its value.

Key Words: Interpretativism - Ronald Dworkin - Positivism

Durante siglos, la discusión iusfilosófica giró esencialmente alrededor del debate iusnaturalismo *vs.* positivismo. Mientras que el primero, en principio, aboga por una conexión necesaria entre el razonamiento moral y el derecho, a tal punto que una disposición jurídica (gravemente) inmoral no puede ser considerada jurídica, el segundo se caracteriza por sostener exactamente lo contrario, a saber, que no existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral y, a decir verdad, que ni siquiera existe una conexión contingente entre ambos (al menos si entendemos dicha conexión apropiadamente). Según el positivismo, si el derecho recurre a la moral, por ejemplo, para determinar la validez de un contrato, no es la moral la que está a cargo de lo que sucede, sino que es el derecho mismo el que la invita a participar. Por el contrario, el iusnaturalismo tradicional sostenía que, aunque el derecho tomara recaudos para impedir que la moral ingresara en el edificio jurídico, esta última irrumpiría de todos modos.

Sin embargo, el positivismo y el iusnaturalismo no son posiciones necesariamente inconciliables, al menos, si entendemos al iusnaturalismo a la manera de John Finnis. En efecto, según Finnis, la tradición clásica del derecho natural jamás entendió el famoso eslogan “ley injusta no es derecho” (*lex iniusta non est lex*) de modo literal (Finnis, 2011, pp. 363-366), lo que sería una notoria contradicción, equivalente a sostener que “el malvado de mi tío no es mi tío”. Para Finnis, el iusnaturalismo no es solamente una teoría sobre la normatividad del derecho, sino, además, una robusta filosofía práctica que incluye una ética –a saber, una explicación de las razones que tenemos para actuar sobre la base de una teoría del bien humano–, una teoría política y, finalmente, una teoría del derecho (Finnis, 2011, p. v). En realidad, Finnis cree que “derecho natural” es un “término infeliz” o una “etiqueta inconveniente” ya que, propiamente hablando, el derecho natural no es ni “derecho” ni “natural” (Finnis, 2011, pp. 374, 437)¹. Además, es al iusnaturalismo al que le debemos, en gran parte, la idea

¹ “Derecho natural” parece ser entonces una expresión ideal para el recordado programa de Linda Richman. Los iniciados recordarán al personaje de Mike Myers que a principio de los años noventa conducía el programa de TV “Coffee Talk” dentro del programa de TV “Saturday Night Live” de NBC.

misma de “derecho positivo”. En efecto, Tomás de Aquino, un pensador que rara vez ha sido considerado como positivista, fue uno de los primeros en desplegar el concepto de derecho positivo “como una categoría y materia de estudio propiamente distintas por derecho propio” y, de este modo, como significativamente autónomo frente a los requerimientos de la moralidad (Finnis, 1996, pp. 195-196).

Ronald Dworkin también está de acuerdo en que el iusnaturalismo y el positivismo están mucho más cerca de lo que los defensores de ambas posiciones suelen creer aunque, según el autor, la razón del acercamiento se debe a que ambas posiciones han sido picadas por el mismo “agujón semántico” (Dworkin, 1986, p. 45): tanto el iusnaturalismo como el positivismo se han lanzado a la búsqueda de un concepto de derecho capaz de explicar qué es el derecho y cómo funciona. La diferencia entre ambos consiste en que mientras que el iusnaturalismo suele operar con una noción prescriptiva o moral de derecho –o, al menos, según la historia oficial–, el positivismo, por el contrario, prefiere un concepto del derecho puramente descriptivo. El interpretativismo de Dworkin, en cambio, sostiene que toda pretensión de pureza conceptual, sea moral o meramente descriptiva, es ingenua ya que no existen conceptos listos para usar, sino que hasta el mejor de los conceptos –y el derecho no es una excepción– requiere ser interpretado. Es por eso que Dworkin tiene razón cuando sostiene que, si deseamos encontrar al verdadero enemigo natural del positivismo, debemos alejarnos del iusnaturalismo para mirar en dirección a su teoría interpretativista del derecho.²

Si bien es innegable que la repercusión del interpretativismo, tanto en el ámbito académico como en el forense, ha sido formidable, se trata de una posición que tiene

Linda Richman era una conductora de TV que parodiaba a la suegra de Mike Myers y que cuando hablaba de Barbra Streisand se emocionaba tanto que no podía hablar (quedaba “verklemt”). Por eso entretenía a su público proponiéndole temas de discusión cuya estructura típica era: “XY (v.g., la guerra fría): no es X (guerra) ni Y (fría). Discutan”. Sobre el iusnaturalismo de John Finnis en general v., v.g., Rosler, 2011a).

² Dado que Dworkin ha acaparado el mercado interpretativista, la expresión “interpretativismo dworkiniano” suena redundante. Sin embargo, si recordamos que el interpretativismo es anterior a Dworkin, quizás no lo sea tanto. En todo caso, en este trabajo por interpretativismo hacemos referencia a la filosofía del derecho tardía de Dworkin, de tal forma que la expresión “interpretativismo dworkiniano” debe ser entendida en términos enfáticos antes que especificativos.

serias dificultades para acomodar un ingrediente fundamental de todo sistema jurídico, a saber, la autoridad. A continuación, entonces, nos centraremos en *Law's Empire*, la obra en la cual Dworkin expone la versión interpretativista de su pensamiento jurídico, y describiremos los tres grandes pilares del interpretativismo dworkiniano para luego mostrar algunas de sus deficiencias. Dicho sea de paso, la repercusión del interpretativismo ha sido tal que da la impresión de que, para poder identificar sus tesis principales, ni siquiera hace falta recurrir a la obra de Dworkin, sino que es suficiente observar la práctica judicial actual. De ahí que incluso si, por alguna razón, nuestro retrato no fuera fiel a la obra de Dworkin, sino que resultara ser un “hombre de paja” – como se suele decir en inglés–, no por ser de paja, este hombre dejaría de ser de interés.³

Tres tesis

Una primera tesis del interpretativismo dworkiniano es la que le da nombre, precisamente, a esta posición, a saber, *cada vez* que los jueces desean identificar el derecho vigente, tienen que interpretarlo:

justo como los críticos literarios necesitan una teoría operativa, o al menos un estilo de interpretación, para construir [*construct*] el poema detrás del texto, así los jueces necesitan algo así como una teoría de la legislación para hacer esto con las leyes. Esto puede parecer evidente cuando las palabras en la ley sufren de un defecto semántico o cuando son ambiguas o vagas, por ejemplo. Pero *también es necesaria una teoría de la legislación cuando estas palabras son impecables desde el punto de vista lingüístico*. (Dworkin, 1986, p. 17, énfasis agregado)

Como se puede apreciar, ni siquiera un “caso fácil” puede eximirnos de interpretar. La diferencia de hecho entre un “caso fácil” y otro “difícil” consiste, en realidad, en que estamos en presencia del segundo cuando hay más de una interpretación que se ajusta al material disponible (Dworkin, 1986, pp. 230-231, 255-256, 285).

³ Nótese que no estoy afirmando que existe necesariamente una relación de causalidad entre el interpretativismo dworkiniano y el discurso jurídico imperante, sino que la similitud estructural es notable. Habría que precisar si dicha similitud se debe a una relación causal, pero eso lamentablemente quedará para otra oportunidad.

Los jueces, antes de poner en marcha la interpretación, atraviesan una etapa, de naturaleza esencialmente fáctica, que Dworkin, por razones bastante comprensibles, llama “preinterpretativa” (Dworkin, 1986, pp. 65-66). En ella, queda establecido cuál es el texto del derecho vigente o, si se quiere –dado que Dworkin a menudo compara el derecho con la literatura–, de la obra en cuestión. El punto de Dworkin es que, aunque sepamos de memoria el texto, sea de, v.g., el Código Penal o de los sonetos de Shakespeare, eso no significa que los entendamos. Para hacerlo, necesitamos pasar al segundo gran momento, que es de carácter interpretativo. Es en este momento que el derecho, o la literatura, cobran realmente vida y podemos hablar de derecho, o de obra, en sentido efectivo (Dworkin, 1986, p. 66).⁴

La interpretación que Dworkin tiene en mente es “creativa” y “constructiva”, ya que ella trata de “imponer propósito en un objeto o práctica para hacer de eso el mejor ejemplo posible de la forma o género al cual se considera que pertenece” (Dworkin, 1986, p. 52). Según Dworkin, el propio autor de la obra estaría de acuerdo en que la interpretación es una empresa colaborativa entre el autor y el lector (en el caso de que se tratara de un libro), ya que ambos quieren hacer de la obra la mejor de su clase (Dworkin, 1986, pp. 285, 230-231). En este sentido, para Dworkin, una lectura “pertenece a la intención del autor (...) cuando encaja con e ilumina sus propósitos artísticos en una manera que él habría reconocido y respaldado aunque todavía no lo hubiera hecho” (p. 57). Es por eso que la intención del intérprete y la del autor son básicamente la misma (Dworkin, 1986, p. 57). De ahí que en la famosa escena de *Dos Extraños Amantes* de Woody Allen –en la que Marshall McLuhan es convocado para determinar si la interpretación que un profesor de Columbia estaba haciendo de su obra en la cola del cine era correcta– McLuhan habría estado de acuerdo en que la interpretación correcta es aquella que no solo coincide con lo que él quiso decir sino que, además, es aquella que muestra a su propia obra en su mejor luz.

⁴ Esta tesis en realidad no es una creación de Dworkin. Se trata de un tópico de la teoría renacentista de la interpretación y del significado que, de hecho, provenía del *Digesto*. Véase, v.g., Maclean, 1991, pp. 87, 144: “Saber derecho no es atenerse a las palabras de las leyes sino a su vigencia y poder”. Los bartolistas medievales también fueron típicos representantes del interpretativismo. (Kelley, 1987, p. 59).

De modo similar, el material que proviene de la historia de la práctica legal en cuestión ofrece varias alternativas y debemos quedarnos con la que muestra dicha práctica en su mejor luz. El derecho es una práctica social valorativa y, para poder entenderlo correctamente, es indispensable tener en cuenta cuál es el valor o meta que inspira dicha práctica (Dworkin, 1986, pp. 87-88). Esto explica por qué, para Dworkin, el derecho jamás se agota en la fuente constitucional, sino que incluye todo aquello que el juez infiere a partir de dicha fuente y muestra al derecho en su mejor luz. El derecho, entonces, no es solamente un conjunto de reglas estipuladas por el derecho positivo (Constitución, códigos, leyes, etc.), sino, además, un conjunto de principios, derechos y deberes que, con independencia de cuándo fueron advertidos, eran siempre ya parte del derecho, debido a que muestran al derecho en su mejor luz y solo requieren que algún juez salga a su encuentro para que los declare como tales. Después de todo, los principios morales se valen por sí mismos en términos de su contenido, no debido a su fuente.

El carácter interpretativo del derecho explica la ubicuidad del desacuerdo jurídico. Precisamente, en sus *Ensayos*, Michel de Montaigne se refiere a la existencia de

un juez, el cual cuando encontraba un conflicto áspero entre Bartolo de Sassoferrato] y Baldo [de Ubaldi]” –los dos más grandes juristas italianos del siglo XIV– “y alguna materia agitada por varias contradicciones, ponía al margen de su libro: ‘cuestión para el amigo’, es decir que la verdad estaba tan embrollada y debatida que en una causa parecida él podría favorecer a aquella de las partes que le pareciera bien (Montaigne, 2007, p. 608).

Si este juez no “ponía por todos lados ‘cuestión para el amigo’”, era solamente por “falta de espíritu y de suficiencia”. En realidad, agrega Montaigne,

[l]os abogados y jueces de nuestro tiempo en todas las causas encuentran bastantes sesgos para acomodarlas como les parezca bien. En una ciencia tan infinita, dependiente de la autoridad de tantas opiniones y de una materia tan arbitraria, no puede ser que no nazca una confusión extrema de juicios. Así, no existe un proceso tan claro en el que las opiniones no

se encuentren diversas: lo que una corte ha juzgado, la otra lo juzga al contrario y ella misma al contrario otra vez. (Montaigne, 2007, p. 618; 537-538, 556)⁵

Por supuesto, a diferencia del juez que no solamente era conocido de Montaigne sino que alimentaba el escepticismo de este último, la posición de Dworkin sobre la existencia de desacuerdos interpretativos está significativamente acotada por la robusta defensa de respuestas valorativas correctas. En primer lugar, según Dworkin “la historia o la forma de una práctica u objeto constriñe las interpretaciones disponibles de eso” (Dworkin, 1986, p. 52). En segundo lugar, Dworkin explica que a todo desacuerdo valorativo genuino subyace la pretensión de la corrección de la posición de los participantes en dicho desacuerdo que, a su vez, explica la existencia misma del desacuerdo. Es por eso que el Héctor de Shakespeare tiene razón cuando sostiene que “el valor no reside en la voluntad particular”, sino que es “apreciable en sí mismo y en el apreciador” (Shakespeare, 1982, p. 92).

En efecto, debatimos porque estamos en desacuerdo, v.g., sobre el valor del aborto o sobre la guerra. Si el valor fuera completamente libre, los argumentos esgrimidos en los debates estarían vaciados de contenido. O, en todo caso, tendrían contenido como preferencias o proposiciones acerca de nuestro estado de ánimo, sobre las que no tiene sentido discutir. Si alguien dijera que se siente bien y otra persona dijera que se siente mal, no se pondrían a debatir al respecto. A comienzos del siglo XX, G. E. Moore ya había indicado que los valores son estructuralmente diferentes de nuestras preferencias subjetivas, decir que “esto es bueno” es completamente diferente a decir “esto me gusta”: “Cualquiera que considerará atentamente por sí mismo qué es lo que está delante de su mente cuando se formula la pregunta, ‘¿Es el placer (o lo que fuera) bueno después de todo?’, puede quedarse satisfecho en que no está meramente preguntándose si el placer es placentero” (Moore, citado en Nuttall, 2007, p. 216)

En la terminología de Dworkin, entonces, el escepticismo de quien participa en un debate sobre valores es bastante acotado o *interno*, tal como lo designa Dworkin, ya que

⁵ Quizás sea por eso que Martín Fierro, revelando de este modo sus lecturas de Montaigne, recomienda: “Hacéte amigo del juez; / No le des de que quejarse; / Y cuando quiera enojarse / Vos te debés encoger, / Pues siempre es güeno tener / Palenque ande ir a rascarse” (La vuelta del Martín Fierro, XV).

en el fondo reconoce la existencia de valores que inspiran la discusión por los cuales se opone, precisamente, a lo que dice la otra persona. El que dice “estás equivocado” supone, al menos, que existen respuestas correctas y, por eso, su escepticismo es interno a la discusión y, en consecuencia, el escéptico interno, más que escéptico, es un creyente en valores.⁶ En cambio, el verdadero escéptico es el que afirma o niega la existencia de un valor sin pretensión alguna de tener razón y/o de que los demás se equivoquen, ya que para él no existen respuestas valorativas correctas. Este escéptico es *externo* a la discusión porque solamente habla de sus gustos y sus preferencias, nos cuenta que algo le cae bien o mal y eso es todo (Dworkin, 1986, pp. 78-80). Esto se debe a que, para un escéptico externo, solamente tiene sentido discutir sobre hechos, jamás sobre valores. En realidad, a un escéptico externo le sería muy difícil poder distinguir entre una discusión sobre valores y la “Clínica de la Discusión” de Monty Python. Nótese, entonces, que si alguien quisiera hacerle daño a un escéptico externo coherente, lo único que este escéptico externo podría objetar es que a él no le cae bien que le hagan daño, o que tiene preferencias en contrario, pero no podría decir que lo que le van a hacer es *moralmente* malo. En todo caso, este escéptico externo podría fingir que cree en valores morales, aunque sea solamente para convencer a su agresor, siempre y cuando, por supuesto, su agresor estuviera motivado por razones morales.

En lo que atañe al derecho, la interpretación judicial en búsqueda de la respuesta jurídica correcta tiene que ser puesta a prueba teniendo en cuenta dos dimensiones. La primera es la que Dworkin denomina como “dimensión de ajuste [*fit*]”. Esta dimensión es particularmente relevante, si hay más de una interpretación que se ajusta al texto o a la práctica tal como han sido recibidos por el intérprete. La segunda dimensión de la interpretación requiere que juzguemos “cuál de las lecturas elegibles hace que sea mejor la obra en progreso, habiendo considerado todo” (Dworkin, 1986, pp. 230-231). Después de todo, “una interpretación exitosa no solo debe ajustarse a la práctica que interpretar sino que debe justificarla” (Dworkin, 1986, p. 285).

⁶ En rigor de verdad, si existe una respuesta correcta no tiene sentido hablar de desacuerdos genuinos -no *ex-post* al menos- ya que la idea misma de una respuesta correcta implica que al menos uno de los participantes en el desacuerdo estaba equivocado.

Según Dworkin, ni una “libertad creativa total”, ni la “restricción textual mecánica” describen apropiadamente la situación del intérprete, ya que se trata de dos alternativas que, en el fondo, interactúan entre ellas. En verdad, en comparación con la traducción de un texto, la interpretación podrá dar la impresión de ser bastante creativa o libre. Pero si la comparamos con la creación de una obra nueva, como si se tratara de una novela enteramente propia escrita por el intérprete, la interpretación hará que sintamos un grado considerable de restricción (Dworkin, 1986, p. 234).

La teoría dworkiniana entiende, entonces, a los jueces del mismo modo que el rey francés San Luis impartía justicia en Vincennes, es decir, destilando los principios esenciales del sistema jurídico en búsqueda de la justicia o la equidad, sin tener que depender de un código o de una fuente particular (Pocock, 1975, 23).⁷ Los jueces son caballeros en el sentido de que no necesitan reglas, aunque sí recurren a principios. En esta misma tradición, se inscribe la idea del derecho como *ratio scripta*, una expresión que se solía utilizar para hacer referencia al derecho romano y que combina las dos dimensiones a las que se refiere el interpretativismo. El derecho es un hecho textual (*scripta*), pero que requiere ser interpretado para que la razón (*ratio*) expresada en dicho texto salga completamente a la luz. Dicha interpretación exige apelar, finalmente, al razonamiento moral.

Sobre la base de esta robusta teoría de la interpretación judicial, no nos puede sorprender que Dworkin crea que los jueces no solo interpretan siempre el derecho vigente y al hacerlo lo muestran en su mejor luz, sino que, en tercer lugar, los jueces además son coautores de dicho derecho. En efecto, como habíamos visto, para Dworkin el propio autor de la obra, que es la ley, estaría de acuerdo en que la interpretación de esta obra en cuestión es una empresa colaborativa entre el autor y el juez, ya que ambos quieren hacer de la obra la mejor de su clase. En este sentido, para Dworkin, otra vez, una lectura “pertenece a la intención del autor (...) cuando encaja con e ilumina sus propósitos artísticos en una manera que él habría reconocido y respaldado aunque

⁷ Juan Escoto Erígena creía a su vez que “si el derecho es reflejo de la creación, la jurisprudencia se torna coparticipación en esa creación y búsqueda de la imagen divina en el mundo; por tanto, el jurista es quien extrae de la materia prima –la justicia, el derecho o la ‘rudis equitas’– el derecho en su forma concreta” (Prodi, 2008, pp. 106-107).

todavía no lo hubiera hecho”. Es por eso que la intención del intérprete y la del autor son básicamente la misma (Dworkin, 1986, p. 57).⁸ Precisamente en el momento postinterpretativo, luego de que el texto haya sido establecido y la interpretación haya tenido lugar, la interpretación resultante de la decisión del juez se vuelve sobre la práctica misma a la que pertenece y la modifica a su vez. De ahí que el derecho cambie debido a la acción de los jueces, a pesar de que los jueces crean estar siguiéndolo o descubriéndolo, en todo caso (Dworkin, 1986, pp. 225, 229).

La metáfora que utiliza Dworkin para ilustrar cómo los jueces son a la vez intérpretes (o críticos) y coautores del derecho es la de una novela en cadena. Los jueces se comportan como intérpretes del derecho existente hasta el momento en que tienen que dictar sentencia, como autores de un nuevo capítulo que se agrega a esa novela en cadena que están interpretando. Se trata de dos caras de la misma moneda. En tanto intérprete de lo acontecido hasta ese momento, el juez debe ser fiel a la novela escrita por los anteriores jueces que han obrado a su vez como autores. Pero, además, cada juez agrega un capítulo propio a dicha novela, que seguramente servirá de base a las decisiones de futuros jueces, y así sucesivamente. Los jueces, entonces, tal vez se sientan constreñidos como traductores respecto a las disposiciones jurídicas anteriores y, a la vez, como dotados de una libertad considerable respecto a su propia decisión en tanto autores de un nuevo capítulo (Dworkin, 1986, p. 234). Sin embargo, la insistencia dworkiniana en que los jueces no inventan sino que descubren el derecho parece corresponderse mejor con el primer momento antes que con el segundo (Dworkin, 1986, pp. 225, 234).

La novela en cadena de Dworkin puede ser ilustrada haciendo referencia a las miniseries de televisión (por ejemplo, “Los Soprano”) que emplean diferentes autores que escriben, a su vez, los distintos episodios de una misma trama. Tal vez una comparación todavía más apropiada sea con Wikipedia, en la que varios autores agregan nuevas voces a una enciclopedia existente y considerablemente horizontal. Después de todo, tal como sucede en el derecho judicial característico de los países del *common law*, en Wikipedia “las entradas han sido escritas y libremente editadas por varios

⁸ No es muy distinto a lo que Aristóteles dice sobre la equidad: es “lo que el propio legislador diría de esta manera, si estuviera presente, y habría legislado de saberlo” (Aristóteles, 2001, p. 178 [1137b23-24]).

usuarios de Internet, a menudo en contraposición, siendo el resultado cualquier cosa que ‘sobrevive’ hasta que el próximo período de edición y re-escritura es emprendido por otro ‘visitante’ en el sitio ‘www.wikipedia.org’” (Livingston, 2007, p. 79).

O, si se quiere, podríamos invocar una obra de teatro isabelina, que, definitivamente, era una obra colaborativa “que pertenecía tanto a la compañía teatral que la representaba cuanto al dramaturgo que la escribió” (Bate, 1997, p. 6), de tal forma que el autor era muy frecuentemente uno de los actores que la interpretaban. Por otro lado, al famoso conductor Arthur Nikisch le encantaba contar que luego de un ensayo que él había dirigido de una obra de Brahms, el propio Brahms refunfunó: “¿Es posible? ¿Yo realmente escribí eso?”. Pero una vez que los miembros de la orquesta se retiraron, Brahms se le acercó a Nikisch para decirle: “Ud. ha cambiado todo. Pero tiene razón. Debe ser así” (Lebrecht, 1997, p. 30). En este mismo sentido y, a diferencia por ejemplo de Arturo Toscanini, Wilhelm Furtwängler creía que una sinfonía, por ejemplo, no existía en el papel sino que “el significado de la música todavía reside en que la toquemos”. Furtwängler se entendía a sí mismo como un socio en el acto creativo, de tal forma que nacía una obra de arte cada vez que conducía. Según él, la obra “solo podía ser reconstituida formándola enteramente de nuevo” (Lebrecht, 1997, p. 84).

Pasemos ahora a examinar estos tres grandes supuestos del interpretativismo. Como veremos a continuación, adolecen de no pocas dificultades aunque la más importante de ellas es la de ser incompatible con uno de los rasgos más distintivos del derecho, a saber, su pretensión de autoridad.

No sé si me interpreta

Empecemos por el principio. La idea de que la interpretación en el derecho es inexorable oscila entre la redundancia y, algo irónicamente, la incomprensión de la diferencia que existe entre comprender e interpretar. En efecto, si el punto del interpretativismo es que el derecho no es un fenómeno natural, sino cultural y, por lo tanto, su significado es convencional o, para decirlo en otras palabras, el derecho es un fenómeno estudiado por las así llamadas “ciencias del espíritu” o “comprehensivas”, entonces el interpretativismo no solo tiene absolutamente razón sino que, de hecho, dice exactamente lo mismo que el positivismo. Por ejemplo, un prócer del positivismo como

Hans Kelsen es plenamente consciente de que el derecho es un “esquema de interpretación” (Kelsen, 2008, pp. 18-19). Después de todo, si bien la teoría pura de Kelsen quería mantener al derecho lejos del influjo de la moral, no debemos olvidar que antes de separar la moral del derecho, primero Kelsen separa tajantemente el derecho de la naturaleza (Kelsen, 2008, cap. 1).

Suponemos, entonces, que un interpretativista se verá forzado a distinguir entre la comprensión kelseniana y la interpretación dworkiniana, si más no fuera para evitar que el interpretativismo no colapse por redundancia. Sin embargo, por más que el interpretativista conceda la distinción entre comprender e interpretar, si desea continuar siendo interpretativista deberá insistir en que hay que interpretar siempre. Veamos, entonces, los problemas a los que conduce la ubicuidad interpretativa primero, en la comunicación en general y luego, en el derecho en particular. Después de todo, el derecho es un acto comunicativo, aunque con ciertos aspectos peculiares, por supuesto.

Decimos que interpretamos a X cuando no lo comprendemos y, para hacerlo, lo explicamos en términos de Y, que sí comprendemos, obviamente sin tener que interpretarlo y, al menos, si deseamos evitar una regresión al infinito. De ahí que, cada vez que deseamos interpretar, debe haber algo que ya entendemos y que nos sirve como cabecera de playa para poder, de hecho, empezar con nuestra interpretación, como, por ejemplo, cuando aprendemos otro idioma. Existe, entonces, un círculo hermenéutico asegurado por nuestras capacidades naturales y por las convenciones sociales. Es en estos términos que podemos hablar de un “nivel cero” de interpretación. Después de todo, es sobre la base de lo que ya comprendemos que podemos interpretar, del mismo modo que es sobre la base de lo que estamos de acuerdo que podemos saber que tenemos un desacuerdo sobre otra cosa.

Por alguna razón, sin embargo, nos hemos habituado a hablar de la interpretación como el género al que pertenece la actividad en la cual nos embarcamos cada vez que deseamos conocer el significado de algo. Es por eso que debemos estar alertas y distinguir entre la interpretación en sentido amplio –que prefiero llamar “comprensión”– y la interpretación en sentido estricto –que prefiero llamar “interpretación” precisamente–. La diferencia no se debe a que una actividad sea “natural” y la otra “convencional”, ya que el significado por sí mismo jamás puede ser natural. La

distinción se debe, en realidad, al diferente esfuerzo intelectual que exigen ambas actividades. En efecto, decimos que *comprendemos* que alguien nos está saludando si nos dice “hola”, ya que no hace falta preguntarle a esta persona “¿desde dónde lo decís?”⁹; pero, por otro lado, afirmamos que estamos *interpretando* un soneto mientras leemos la obra poética de Shakespeare y, en este último caso, es inevitable preguntarse qué, dónde, cuándo, por qué, cómo dice Shakespeare lo que dice. Obviamente, la cuestión no es terminológica sino ontológica, por así decir, ya que se trata de dos actividades diferentes. Las podemos llamar como queramos, pero conviene mantenerlas separadas.

Vayamos al derecho.¹⁰ Después de todo, tal vez sea cierto que podemos distinguir entre comprensión e interpretación por fuera del derecho pero no dentro de él. Según el interpretativista, *cada vez* que deseamos conocer el derecho vigente debemos interpretarlo, como si el derecho fuera la puerta de un baño en un restaurante del barrio de Palermo. De ahí que si mostráramos un solo caso en el cual el derecho fuera comprensible sin tener que interpretarlo, mostraríamos a la vez que el interpretativismo se equivoca. Pensemos, entonces, en la prohibición de cruzar un semáforo en rojo. Por supuesto, el punto no es que hay algo en el color rojo que explica naturalmente el significado de la prohibición. Después de todo, no hace mucho en China, el semáforo en

⁹ Le agradezco mucho a Silvina Giaganti por haberme hecho notar este punto.

¹⁰ Por razones de espacio, a continuación voy a hablar de la interpretación en general, sin distinguir entre la interpretación legal y la interpretación constitucional. En efecto, en la medida en que tanto la Constitución cuanto las leyes son parte del derecho y, por lo tanto, pretenden tener autoridad, ambas caen bajo una misma caracterización de la interpretación jurídica. Sin embargo, ya que la Constitución es –si no es que debe ser– más abstracta, por un lado, y mucho más moral y política, por el otro, –ya que contiene los lineamientos fundamentales tanto de la organización del Estado cuanto de los derechos fundamentales–, las leyes parecen ser mucho más concretas. Es por eso que vamos a encontrar mucha más interpretación en el caso del razonamiento constitucional que en el del judicial. Sin embargo, no tendría sentido sostener que cada vez que deseamos identificar la Constitución necesitamos interpretarla (Marmor, 2005, p. 167). Si fuera cierto, no solamente sería imposible abrir siquiera el Congreso o poner en funcionamiento cualquiera de los poderes del Estado, sino que la Constitución en su conjunto no existiría. Por otro lado, el propio Carl Schmitt creía en la independencia judicial y, por eso, sostenía que para que los jueces pudieran defenderla no debían meterse con cuestiones políticas como lo son generalmente las constitucionales (Rosler, 2011b).

rojo significaba que el tránsito debía avanzar. El punto es que existe una convención que explica el significado del semáforo en rojo, sea detenerse o avanzar.¹¹ Quizás un extranjero no conozca la convención legal, pero no tendría sentido que un abogado o un juez se comportaran como si fueran antropólogos recién llegados que estudian una cultura extranjera, aunque a veces eso es exactamente lo que parecen estar haciendo.

Bastante antes de que en nuestra época algunos filósofos, como Wittgenstein, sensatamente distinguieran entre la comprensión y la interpretación (Marmor, 2005, pp. 15, 17, 64, 93), Tomás de Aquino ya había sostenido que “la interpretación tiene lugar en caso de que existan dudas [*Interpretatio locum habet in dubiis*]” ya que “ante lo que es manifiesto no es necesario interpretar sino ejecutar [*In manifestis no est opus interpretatione sed executione*]” (*Summa Theologica*, II-II, qu. CXX, art. 1, 2; II-II, qu. CXX, art. 1, ad 3 m., citado en Bastit, 2005, pp. 152-153). Bartolo de Sassoferrato, un jurista conocido por su simpatía hacia la interpretación, creía, así y todo, que los jueces podían interpretar la ley “a menos que las palabras fueran claras, porque entonces no se puede interpretar de otro modo que lo que dicen las palabras” (citado en Maclean, 1992, p. 89). Andrei Marmor argumenta algo muy similar: “el derecho, como cualquier otra forma de comunicación, puede ser simplemente entendido, y entonces aplicado. La interpretación es el modo excepcional, no estándar, de entender el lenguaje” (Marmor, 2005, p. 93).

La interpretación jurídica entonces no tiene lugar *siempre*, sino solamente cuando no comprendemos el significado de la ley. Puede ser que la comprensión sea una *rara avis*, pero no por eso es imposible. A menos que estemos dispuestos a reconocer la distinción entre comprensión e interpretación en el derecho, la misma regresión al infinito que amenaza la posibilidad de comunicación alguna en el mundo extrajurídico. puede emerger en el mundo jurídico.

Tomemos por ejemplo el tan controvertido fallo “Muiña” de la Corte Suprema de la Nación, que gira alrededor del artículo 2 del Código Penal debido a la así llamada ley

¹¹ Para que podamos decir que existe una regla convencional, la misma debe ser efectivamente observada. Hablar de una regla convencional que existe pero no es obedecida es una contradicción en sus términos. Toda regla convencional entonces viene con performatividad de fábrica (Marmor, 2011, p. 76).

del “2 x 1” (Ley N° 24.390). Gran parte de la discusión se debe a que el artículo 2 del Código Penal prescribe que “Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará *siempre* la más benigna” (énfasis agregado) y a que la así llamada ley del “2 x 1” no excluye los crímenes de lesa humanidad del alcance del beneficio del cómputo de la pena. Da la impresión, entonces, de que el artículo 2 del Código Penal y la Ley 24.390 no necesitan ser *interpretados* sino que puede ser *comprendidos* sin mayor dificultad.

En todo caso, la dificultad puede surgir si los jueces no solo deben entender el significado de las normas jurídicas, sino que además deben valorarlas para poder determinar su normatividad jurídica. Vamos a volver dentro de muy poco a este punto. Lo que me interesa destacar aquí es que (a) la ola interpretativista ya ha alcanzado las otrora sagradas aguas del derecho penal y (b) mucha gente –incluyendo al Gobierno y a la casi totalidad del Congreso de la Nación (literalmente todos los representantes salvo uno)– creyó que la solución a este aparente conflicto interpretativo era sancionar una “ley de interpretación auténtica” o, para ser más sencillos, una “ley interpretativa” en materia penal, a pesar de que es retroactiva y no precisamente más benigna; en otras palabras, a pesar de que es evidentemente inconstitucional.¹²

Ahora bien, salta a la vista que para un interpretativista hablar de una “ley interpretativa” no solo está al borde de la redundancia, ya que se supone que por definición *todas* las leyes deben ser interpretadas, sino que además, por esa misma razón, una “ley interpretativa” jamás puede ser la solución sino que es parte precisamente del problema. El interpretativista debería hacer entonces una excepción para las leyes interpretativas y conceder que ellas no deben ser interpretadas, sino que podemos comprenderlas sin más, pero semejante concesión sería fatal para la idea de que el derecho debe ser interpretado siempre, amén de que nos haría reflexionar acerca de por qué las leyes que no son interpretativas no podrían recibir el mismo trato.

¹² En una época, Eugenio Zaffaroni creía lo mismo: “las llamadas ‘leyes interpretativas’ o [de] ‘interpretación auténtica’” [son] “modificaciones a las leyes penales y a su respecto rigen los principios del art. 2° [del Código Penal sobre la ley más benigna]” (Zaffaroni, 1980, p. 472).

El interpretativista podría sostener que no le teme a la regresión interpretativa al infinito ya que cuenta con una teoría de la interpretación correcta, tal como hemos visto más arriba. Sin embargo, es el propio interpretativista el que, con mucha razón, insiste en la ubicuidad del desacuerdo en el derecho y por lo tanto, no debería extrañarle que las diferentes interpretaciones sobre las leyes e incluso las sentencias persistan incluso luego de que las instituciones autorizadas se hayan pronunciado al respecto. Las instituciones autoritativas –como por ejemplo, las judiciales–, sin embargo, si bien en principio tratan de persuadirnos con los fundamentos de sus decisiones, debido a nuestra propia obstinación, con frecuencia se ven forzadas a recordarnos que no es la corrección misma de sus decisiones la que nos obliga, sino su autoridad. Después de todo, las decisiones autoritativas de los tribunales no pueden ser interpretadas, al menos, no en el sentido dworkiniano.

Por otro lado, a veces exageramos el papel del desacuerdo en el derecho. Por un lado, como explica Andrei Marmor, ya a partir de la segunda semana de clases, los estudiantes de derecho de primer año a menudo se sorprenden de la indeterminación del derecho. En efecto, los estudiantes se inscriben en la carrera de derecho pensando que existe un conocimiento determinado sobre el derecho que es precisamente lo que van a aprender, y que puede ser hallado en un conjunto de leyes y decisiones judiciales. Por el otro, al final del primer año de la facultad, da la impresión de que “casi nada es claro sobre el derecho, todo depende de cómo lo interpretan los tribunales, y lo mejor que puede hacer un abogado es hacer una estimación fundamentada sobre lo que harán los tribunales relevantes. Tienden a pensar que todo está permitido” (Marmor, 2011, p. 137).

Sin embargo, una vez que los estudiantes se convierten en abogados y empiezan a ejercer, las cosas cambian radicalmente.

Los abogados aprenden rápidamente que la mayor parte de la litigación no es sobre las especies de cuestiones legales difíciles que han estudiado en la Facultad de Derecho sino sobre rutinarias cuestiones de hecho –qué es lo que realmente pasó, quién dijo esto o hizo aquello–. Y entonces ven que en la vasta mayoría de los casos que ellos manejan las disputas son resueltas extrajudicialmente, y fundamentalmente porque el derecho es lo suficientemente claro; usualmente son los hechos los que están en disputa (Marmor, 2011, p. 137).

En conclusión, tanto la visión lega sobre la determinación del derecho cuanto la impresión del estudiante de derecho acerca de la indeterminación del derecho están distorsionadas:

El derecho es mucho menos claro de lo que la gente tiende a pensar, pero es mucho más claro de lo que se les hace creer a los estudiantes de derecho, porque pasan la mayor parte de sus estudios enfocando casos difíciles o problemáticos que tienden a alcanzar los tribunales de apelación, (Marmor, 2011, p. 137)

A media luz

Un segundo ingrediente de la receta interpretativista es la necesidad de que la interpretación muestre al derecho en su mejor luz. Alguien podría sostener entonces que si bien el interpretativismo no puede mostrar que haya que interpretar el derecho *siempre*, si no tenemos otra alternativa que interpretar el derecho, es indispensable recurrir al razonamiento valorativo. En otras palabras, si asumiéramos que el rechazo de la ubicuidad interpretativa no le inflige un golpe de *knock-out* al interpretativismo, alguien podría sostener que, así y todo, la interpretación –si existe, obviamente– debe ser valorativa, lo cual explica por qué, según el antipositivismo, la moralidad política irrumpe en las fiestas del derecho incluso cuando tiene la entrada prohibida, y no solamente por invitación o “incorporación” (Raz, 2009, pp. 182-202).

Ciertamente, para poder hablar de la interpretación de, por ejemplo, un cuadro como “El Grito” de Edvard Munch, no es suficiente indicar que se trata de una persona que se está agarrando la cabeza. En todo caso, esto último es una descripción, como lo es decir que esta persona está vestida de negro y cruzando un puente. Para que podamos empezar una interpretación, es indispensable señalar la importancia de la descripción indicada, qué es lo que representa, por qué es significativa en el sentido de ser importante para que conozcamos su significado, etc., todo lo cual nos hace incurrir en cierto razonamiento valorativo.¹³

¹³ Hay imágenes que sí parecen explicarse a sí mismas por así decir, como el dibujo de Rembrandt que ilustra la parábola del siervo despiadado (Mateo XVIII, p. 21-35) que puede ser considerado auto-

Sin embargo, del hecho de que percibamos la existencia de un valor no se sigue que estemos formando nosotros mismos un juicio valorativo al respecto (Marmor, 2001, pp. 155-157; Marmor, 2011, pp. 128-129; Marmor, 2005, pp. 39, 43). Un teólogo ateo entiende la existencia del valor de Dios porque se da cuenta de que muchas personas creen en Dios, pero por supuesto de ahí no se sigue que el teólogo ateo comparta dicho valor. Algo similar se puede decir de un antropólogo que estudia cierta cultura o práctica social, o de cualquiera que intente entender la o una realidad social en general. Si la queremos comprender, no nos queda otra alternativa más que percibir su valor de modo distanciado, pero de ahí no se sigue que lo compartamos o que nuestro juicio sea valorativo en el sentido “militante” que le da Dworkin. Quizás, la interpretación deba mostrar el objeto en su peor luz, si es eso lo que el objeto merece. En todo caso, la valoración judicial no puede afectar la autoridad del derecho. El juez tiene que aplicar el derecho, no valorarlo. Por supuesto, ocasionalmente el juez deberá desobedecer el derecho por razones morales, pero no tiene sentido decir entonces que el juez está aplicando el derecho mediante una interpretación.

En rigor de verdad, cuando Dworkin propone que el juez, primero, debe ver el derecho en su mejor luz y, luego, interpretarlo, está poniendo el carro adelante de los caballos. La valoración debe ser posterior a la comprensión y no al revés, ya que llamaría la atención que alguien pudiera valorar algo antes de haber entendido su significado, como si ya conociera el atractivo –o la falta de él– de algo que no entiende.

Alguien podría salir en defensa de la necesidad de interpretar en la mejor luz (o de modo “militante”, para usar nuestra propia terminología) apelando al principio de caridad precisamente interpretativa (Hollis, 1996, p. 215, n. 14), que en cierto sentido muestra el significado de una práctica en su mejor luz. Sin embargo, el principio de caridad no solo puede tener connotaciones relativistas ajenas a las intenciones de Dworkin, sino que además es bastante minimalista. Lo único que exige es que aquello

explicativo: “Se puede apreciar al señor en el día del Juicio Final, con su asistente buscando las deudas del siervo en un gran libro contable. Vemos a partir de la manera en que se para el siervo, su cabeza agachada, su mano hurgando profunda en su bolsillo, que el siervo no puede pagar. La relación de estas tres personas entre ellas, el asistente ocupado, el señor dignificado y el siervo culpable, está expresada con unos pocos trazos del lápiz” (Gombrich, 2006, p. 323).

que estamos tratando de entender tenga sentido, sea inteligible, o sea visto a cierta luz, sin que dicha luz sea la mejor. Por ejemplo, una creencia ritual P es racional si y solo si existe una creencia Q tal que Q provee una razón para sostener P y P no implica la falsedad de Q (Hollis, 1996, 215). De esta forma, desde los sacrificios aztecas hasta los rituales azande, por no mencionar los genocidios del siglo XX, pueden ser considerados racionales y comprendidos caritativamente. Es inteligible que estaban cometiendo una matanza, pero eso no muestra dicha práctica en su “mejor luz”.

Un interpretativista tal vez esté dispuesto a conceder –nuevamente, se trata de una concesión que pone otro clavo en el cajón del interpretativismo– que un filósofo del derecho que desea solamente entender el derecho no tiene por qué valorarlo en su mejor luz, debido a que el interpretativismo tal vez sea una filosofía del derecho que no está dirigida a quienes principalmente desean entender el derecho, sino a quienes se dedican fundamentalmente a aplicarlo. Además, el iluminismo dworkiniano es intencionalista ya que, como hemos visto, el juez cuando interpreta el derecho en su mejor luz está haciendo lo mismo que habría deseado hacer el legislador. Por supuesto, la intención particular o histórica del legislador bien puede haber sido otra (por ejemplo, criminalizar el aborto), pero la intención general o hipotética, por así decir, era la de hacer la mejor ley posible y, si la mejor ley era en realidad despenalizar el aborto, entonces el juez al declarar, por ejemplo, inconstitucional la prohibición del aborto, en el fondo, no hace sino seguir la intención del legislador.

Esta clase de iluminismo tiene al menos dos grandes problemas, conectados entre sí. En primer lugar, habría que ver si los legisladores mismos desean que los jueces apliquen las disposiciones legislativas en su mejor luz, esto es, que los jueces entiendan al derecho no como una práctica institucional autoritativa que tiene en cuenta las intenciones reales de los legisladores, sino como una *ocasión* para dar con la respuesta correcta –lo cual, se supone, es lo que los legisladores desean hacer–. Esto equivaldría a usar el derecho como inspiración, pero no como una fuente en sentido estricto. En segundo lugar, y quizás a eso se deba la eventual reticencia legislativa al respecto, esta posición no puede explicar la pretensión autoritativa del derecho.

Esta apertura dworkiniana a la valoración lo único que hace es agravar el problema, sobre todo en relación al derecho. Mal que mal, una intención particular o realmente

existente sigue siendo un hecho —el autor quiso hacer las cosas de este u otro modo—, pero la intención general (o hipotética) de que las cosas salgan bien o lo mejor posible hace que la obra misma se vuelva redundante o, en todo caso, una ocasión para que el intérprete valore el atractivo de la obra, cuando se supone que el significado o mensaje de la obra, especialmente en el caso del derecho, existe para hacer una diferencia práctica, no para dar con la respuesta correcta acerca de cuál es el mejor derecho posible. Después de todo, es el desacuerdo sobre la respuesta correcta lo que explica la existencia del sistema institucional autoritativo, que es el derecho.¹⁴ En otras palabras, la búsqueda de la mejor luz es un discurso típicamente moral, inmediato, en el que lo que vale es el contenido de nuestras razones, no la autoridad de una institución, y por lo tanto dicha búsqueda tiende a confundir el derecho existente con el que debería existir. Aunque es indudable que el derecho persigue ciertos valores y/o está justificado merced al razonamiento valorativo (Raz, 1990, p. 76), si cada vez que identificamos el derecho tenemos que interpretarlo y cada interpretación tiene que mostrar al derecho en su mejor luz, estamos reintroduciendo el desacuerdo moral que precisamente nos llevó a contar con autoridades institucionales como las jurídicas para tratar de resolverlo.

Por otro lado, es innegable que según Dworkin, para que tenga sentido hablar de “interpretación”, “los hechos crudos de la historia legal” tienen que “limitar el papel que las convicciones personales del juez jugarán en sus decisiones” (Dworkin, 1996, p. 255). Sin embargo, el propio Dworkin agrega, en relación al juez, que “la historia política real de su comunidad *a veces* mantendrá a raya sus otras convicciones políticas en su juicio interpretativo total” (Dworkin, 1996, p. 255, énfasis agregado). Con esto, la idea misma de interpretación se desdibuja bastante, a tal punto que el dworkinianismo puede llegar a aceptar que X es una interpretación de Y y muestra por lo tanto en su

¹⁴ El intencionalismo hipotético funciona de un modo bastante similar al discurso contractualista tal como ha sido invocado por la teoría política contemporánea de raigambre fundamentalmente rawlsiana. El contrato en cuestión no se refiere a una decisión histórica, esto es una decisión que ocurre en cierto espacio y lugar, tal como sucede con cualquier contrato realmente existente, sino que hace referencia a lo que los agentes harían si fueran realmente razonables, o si absolutamente nada indebido interfiriera en su decisión autónoma. Es por eso que los agentes quedan protegidos tras un velo de ignorancia de toda distorsión social, económica, cultural, etc., que impida que su verdadero yo llegue a actuar autónomamente. El contrafáctico puede ser útil para la teoría moral, pero no para la teoría del derecho.

mejor luz a Y, a pesar de que X no esté presente en Y. Un juez dworkiniano, entonces, podría decir que cierto principio moral es parte del derecho, a pesar de que su existencia no puede ser rastreada hasta una fuente o autor particular. Después de todo, los principios morales se valen por sí mismos en términos de su contenido, no debido a su fuente. De ahí que los principios dworkinianos sean como los personajes en la obra de Pirandello, que existen y están en búsqueda de un juez coautor (lo cual no es una metáfora, tal como veremos más abajo).

En realidad, la insistencia sobre la visión con la mejor luz haría que, por ejemplo, algunos creyeran que en Argentina el aborto está permitido porque tal autorización muestra al derecho en su mejor luz, a pesar de que el Código Penal claramente considera que el aborto, salvo excepciones, es un delito y a pesar de que hasta ahora tribunal alguno haya considerado inconstitucional dicha prohibición. Un dworkiniano que se dejara llevar por el entusiasmo que le inspira la tesis de la respuesta correcta, no solo podría sino que debería decir incluso que la inconstitucionalidad de una disposición es anterior a su declaración como tal por parte de un tribunal. Y al revés, si alguna vez el aborto se convirtiera finalmente en un derecho de la mujer, un juez podría invocar argumentos no menos interpretativistas, aunque en el sentido contrario, esto es, declarando inconstitucional dicha despenalización. Cabe recordar que no han faltado jueces antiabortistas que adujeron *more hermeneutico* que, para que el aborto no sea punible en el caso del artículo 85 del Código Penal, la mujer en cuestión debía ser violada y a la vez “idiota o demente”, como si se tratara de aquel episodio de Porky en el que el Pato Lucas le vende una póliza de seguros contra accidentes domésticos con condiciones casi imposibles de cumplir. Por alguna razón, hoy en día, el interpretativismo suele ser acompañado por el progresismo, pero, como se puede apreciar, no hay nada que impida que el interpretativismo juegue para el equipo contrario.

Un juez dworkiniano, entonces, con tan solo invocar la intención general e hipotética del legislador de sancionar la mejor ley posible, podría apartarse de la ley y todo en aras de la intención misma del legislador. De este modo, muchas desobediencias pueden ser redescritas en términos de la más fiel obediencia. En este mismo sentido, Brünnhilde trata de convencer a su padre Wotan en *Walküre* III.3 de que, al haber ayudado a Siegmund (y a Sieglinde), ella lo había obedecido de todos modos, a pesar de que

desobedeció la orden de Wotan: “fiel a él [Wotan] desafié su orden” (Wagner, 1997, p. 172).

El arte nos ofrece ejemplos bastante similares. En una muy reciente versión de la ópera “Carmen”, la protagonista no muere en la obra y, sin embargo, no pocos se refieren a dicha versión como si perteneciera a dicha obra y no a otra diferente. Por otro lado, no es la primera vez que la corrección política ocasiona fenómenos semejantes. Pensemos si no en el caso de *King Lear* de Shakespeare, que, a fines del siglo XVII, había perdido popularidad debido a que su trama adolecía de la caída de la monarquía y la falta de una historia de amor. Entonces Nahum Tate reescribió la obra para ajustarla al paladar contemporáneo. No solamente cambió el lenguaje de la obra sino que cambió la estructura, la trama de la obra, varios de sus personajes, introdujo uno nuevo y eliminó al Tonto o Bufón. Incluso restauró el final feliz de la leyenda de Lear en la que se había inspirado Shakespeare, haciendo que Cordelia no solamente sobreviviera sino que se enamorara de Edgar e incluso se casara con él, lo cual nos hace dudar de si lo que Tate tenía en mente era un final feliz después de todo (Halio, 1992, p. 36).

Ahora bien, salta a la vista que modificar una obra en aras de la justicia poética no es interpretarla sino escribir una nueva.¹⁵ Por supuesto, eso es exactamente lo que hizo Shakespeare con la leyenda de King Lear, e irónicamente a Shakespeare le hicieron lo mismo que él le hizo a la leyenda original. Pero nadie cree que, al hablar de la leyenda, la obra de Shakespeare y la reescritura de Tate, estamos hablando de lo mismo. ¿Por qué sería diferente en el caso del derecho, sobre todo teniendo en cuenta la proximidad que tiene el derecho con la literatura para el interpretativismo? Grandes escenas de la historia del cine también han salido de una improvisación. Pero el derecho no es un taller de improvisación, ni un guión que se puede mejorar, sino que se trata de un sistema normativo que pretende tener autoridad y debemos obedecerlo con independencia de si aprobamos la norma jurídica en particular.

¹⁵ La idea amplia de “interpretación” se parece mucho a aquella vieja historia de dos personas que se encuentran en la calle. Una le dice a otra: “Qué cambiado que estás. Antes eras alto, ahora eres más bajo. Antes eras flaco, ahora has aumentado de peso. Antes tenías pelo oscuro ahora estás completamente encanecido. Es increíble, Pepe”. A lo cual la otra le responde: “Yo no me llamo Pepe”. Y obviamente la primera le contesta: “Es increíble, hasta el nombre te has cambiado”.

Por otro lado, si bien la comparación entre el derecho y el arte puede ser muy enriquecedora, hay un aspecto de esta comparación que impide una comprensión adecuada del derecho. Se trata de la relación que guarda el concepto de “derecho” en relación al de “arte”. En efecto, el arte es un concepto “esencialmente contestado”, para utilizar la terminología de W. B. Gallie. Basta recordar la reacción de un periodista francés ante las primeras exhibiciones de los impresionistas en 1876:

Un exhibición acaba de ser inaugurada en Durand-Ruel, la cual supuestamente contiene pinturas. Entro y mis ojos horrorizados contemplan algo terrible. Cinco o seis lunáticos, entre ellos una mujer, se han asociado y exhibido sus obras. (...). Estos supuestos artistas se llaman a sí mismos revolucionarios, ‘Impresionistas’. Ellos toman un pedazo de tela, témperas y pincel, embadurnan unos pocos parches de tela en él al azar, y firman toda la cosa con su nombre. (Gombrich, 2006, p. 398)

Como se puede apreciar, la definición de arte incluye necesariamente componentes valorativos, que provocan en gran parte la discusión acerca de la definición de arte en primer lugar. Muchos se resisten a decir que cierto objeto es “artístico” porque temen estar contribuyendo a su defensa. Además, algo puede ser más o menos artístico.

En cambio, el derecho no es en sí mismo un concepto contestable. En efecto, el derecho es una práctica institucional autoritativa, que suele ser atacada por razones morales, pero dicho ataque presupone que el blanco del ataque ha sido claramente identificado, por ejemplo, debido a que tiene autoridad. No tendría sentido criticar algo que, en el fondo, uno no sabe exactamente qué es o que no ha comprendido. La identificación del derecho entonces es razonablemente conceptual, tal como suele insistir el positivismo, que se propone fundamentalmente entender qué es el derecho, no justificarlo. Además, las normas son o no son válidas, pertenecen o no al sistema jurídico, no son más o menos válidas que otras normas. La validez legal, entonces, no es un logro que admite variedades o tonalidades, a diferencia del arte o de la justicia (Marmor, 2011, p. 133).

Finalmente, supongamos que, por alguna razón, el derecho mismo contuviera una disposición según la cual los jueces, al fallar, deben mostrar al derecho en su mejor luz. En primer lugar, para explicar este fenómeno, no necesitaríamos recurrir al interpretativismo, ya que la luz en este caso sería parte del derecho positivo vigente. En segundo lugar, la disposición sería redundante, si apuntara a lograr que los jueces tomen la decisión correcta (eso es lo que alegan los jueces de todos modos) o autofrustrante, ya

que en última instancia el derecho vigente se caracteriza por tener autoridad, no por haber dado con la respuesta correcta.

Coautor e intérprete

La combinación de la ubicuidad de la interpretación y de la valoración del derecho por parte del juez arroja como resultado un tercer componente de la receta interpretativista. El juez no solamente es un intérprete, sino que además es coautor de aquello que interpreta, que es a la sazón una novela en cadena. Como habíamos visto, el juez interpreta los capítulos anteriores y agrega como coautor un capítulo nuevo a dicha novela. Como coautor, el juez modifica la obra que precisamente está interpretando. Esto plantea una primera dificultad: ¿puede una interpretación modificar su objeto? Dado que la interpretación de X es por definición *sobre X*, ¿tiene sentido que se trate de una interpretación a pesar de que, como resultado de dicha interpretación, la obra misma resulte modificada?

Pensemos en el caso de Ginóbili, quien de hecho suele escribir notas sobre sus propios partidos. En cierto sentido, se trata del propio autor que interpreta su obra. Sin embargo, a diferencia de los jueces dworkinianos –que están más cerca del fútbol total de Holanda 74, en el cual los jugadores no tenían posiciones fijas, sino que jugaban en toda la cancha–, Ginóbili no es coautor e intérprete *a la vez*. Además, sus notas explican y, por lo tanto, reflejan los partidos que él juega, sin modificarlos. Si lo hicieran (por ejemplo, si Ginóbili en su interpretación dijera que ganó un partido que, en realidad, había perdido, o que su equipo jugó de contraataque cuando, en realidad, tuvo la iniciativa durante todo el partido), estarían hablando de otro partido, en cuyo caso no tendría sentido hablar de interpretación.

Cabe recordar, además, que Justiniano y Napoleón se equivocaron al creer que podían deshacerse de la interpretación, no porque esta última fuera inevitable, sino porque entra en escena, aunque solamente cuando el significado de la norma no es claro. En otras palabras, existen casos en los que no hay otra alternativa que obtener lo que Raz llama una “interpretación innovadora” (v.g., Raz, 2009, p. 257). Ahora bien, la interpretación innovadora debido a una ambigüedad, vaguedad, etc., sin embargo, no modifica en sentido estricto su objeto, sino que lo aclara y de este modo el significado sigue siendo

sobre el original. Comprendemos, otra vez, el final de *King Lear*, que es paradigmáticamente trágico, lo cual era precisamente el punto de Shakespeare, particularmente tratándose de una tragedia. Llamar “interpretación” entonces a una modificación de la obra precisamente *porque la hemos comprendido* no tiene mayor sentido. *Mutatis mutandis*, comprendemos cuál es el contenido del artículo 2 del Código Penal, pero entonces no podemos decir que lo estamos “interpretando” cuando, en realidad, lo estamos modificando porque no nos parece bien lo que dice.

La hermenéutica de Hans-Georg Gadamer, uno de los pocos autores citados por Dworkin en *Law's Empire*, también confunde la comprensión con la interpretación: “La interpretación [*Auslegung*] no es un acto complementario y posterior al de la comprensión, sino que *comprender es siempre interpretar*, y en consecuencia la interpretación es la forma explícita de la comprensión” (Gadamer, 1990, p. 312, énfasis agregado). No es casualidad entonces que Gadamer proponga una concepción de interpretación claramente transformadora: “El sentido de un texto supera a su autor no ocasionalmente sino siempre. Por eso la comprensión [*Verstehen*] no es nunca un comportamiento solo reproductivo, sino que es a su vez siempre productivo” (1990, p. 301). En efecto,

Cada época entiende un texto transmitido de una manera peculiar, pues el texto forma parte del conjunto de una tradición por la que cada época tiene un interés objetivo y en la que intenta comprenderse a sí misma. El verdadero sentido de un texto tal como éste le habla [*anspricht*] a su intérprete no depende del aspecto puramente ocasional que representan el autor y su público originario. (Gadamer, 1990, p. 301)

Para Gadamer, entonces, en toda “comprensión [*Verstehen*]” opera “un proceso de una historia efectual [*wirkungsgeschichtliche*]” (Gadamer, 1990, p. 306). El significado, entonces, no es recuperado, sino creado por la recepción de la obra por parte del intérprete.

Es digno de ser destacado que, para Gadamer, la interpretación jurídica no es un ejemplo más de la hermenéutica, sino que, antes bien, es el paradigma de la hermenéutica: “La hermenéutica jurídica recuerda por sí misma el auténtico procedimiento de las ciencias del espíritu. En ella tenemos el modelo de relación entre pasado y presente que estábamos buscando” (Gadamer, 1990, pp. 331-332,333). En conclusión, “si el texto, ley o mensaje de la salvación, ha de ser entendido

adecuadamente, esto es, de acuerdo con las pretensiones que él mismo mantiene, debe ser comprendido en cada momento y en cada situación concreta de una manera nueva y distinta” (Gadamer, 1990, p. 314).

Antoine Compagnon, un profesor francés muy consciente de la batalla que la teoría literaria particularmente francesa ha librado durante años contra el sentido común, con mucha razón compara la discusión sobre la interpretación literaria con la jurídica:

[S]e oponen, a propósito de cualquier problema social, los partidarios de una ‘constitución viva’, constantemente reinterpretada para satisfacer las exigencias de hoy en día, susceptibles de garantizar los derechos de los que las generaciones pasadas no tenían conciencia, como el derecho al aborto, y los adeptos a la ‘intención original’ de los padres fundadores, para los cuales se trata de determinar y de aplicar el sentido objetivo que el lenguaje de la constitución tenía en el momento en que fue aprobada. Como de costumbre, las dos posturas –alegorista y originalista– son tan insostenibles la una como la otra. *Si cada generación puede redefinir los primeros principios a su gusto, entonces es como si no hubiera constitución. Pero ¿cómo aceptar, en una democracia moderna, que como consecuencia de la fidelidad a la intención original, suponiendo por lo demás que ésta sea verificable, los derechos de los vivos sean rehenes de la autoridad de los muertos? [...]. ¿Habrá que perpetuar, por ejemplo, los prejuicios raciales de finales del siglo XVIII, y ratificar las intenciones esclavistas y discriminatorias de los redactores de la constitución estadounidense? (Compagnon, 2015, pp. 66-67, énfasis agregado)*

Supongamos ahora que el originalismo contra el que combate Dworkin conduce a resultados inaceptables, ya que exigiría fidelidad a disposiciones que datan de hace siglos y que adolecen de muy serios defectos morales (esclavitud, discriminación, etc.). La hermenéutica jurídica a la que se refiere Gadamer enfrentaba problemas bastante similares, aunque en relación al derecho romano. Era precisamente por eso que Hegel se refería a “la triste necesidad que tiene un juez frente a malas leyes de introducir ennegreciendo [*einzuschwärzen*] con astucia y clandestinamente lo racional, por lo menos en alguna de sus consecuencias” (Hegel, 1988, p. 256, traducción ligeramente modificada). Sin embargo, las constituciones modernas, como la nuestra, no tienen varios siglos de antigüedad, como la estadounidense por no mencionar el derecho romano. Además, nuestro sistema jurídico, de hecho, se compone de normas jurídicas que, a lo sumo, se remontan hasta la generación anterior. Por otro lado, en cierto sentido, todo derecho implica que “los muertos” tengan autoridad sobre “los

vivos” o, para decirlo en términos menos dramáticos, que las generaciones anteriores ejerzan autoridad sobre las posteriores.¹⁶

En realidad, la cuestión debería ser la inversa, al menos, si no nos interesa deshacernos del constitucionalismo. Si una constitución como la Argentina de 1994 no puede reclamar autoridad, ¿qué sentido tiene hablar de la autoridad de una constitución? Por otro lado, es indudable que hay casos en los cuales el derecho ha de ser desobedecido por razones morales. Pero no tiene sentido hablar de “interpretación” en un caso semejante, entre otras cosas, debido a que diluye la autoridad del derecho en general y no solamente la de ese sistema jurídico en particular.

Sin duda, creer en la existencia de un ubicuo “nivel cero” de interpretación a la manera de Justiniano o Napoleón tiene tanto sentido como creer en el interpretativismo. De hecho, semejante “nivel cero” suena “demasiado judío”, como diría Woody Allen. En efecto, para los Padres de la Iglesia, “aquellos que entienden el texto a la letra según la caparazón (...) se dice que entienden a la manera judía [*Judaice*], así como los judíos entienden el Antiguo Testamento (...). Pues los judíos nunca quieren apartarse de las palabras” (véase Maclean, 1992, p. 142). Sin embargo, George Steiner cree que, en realidad, las cosas son exactamente al revés. En efecto, “para mí”, dice Steiner, “ser judío es ser alguien (...) que, cuando está leyendo un libro, lápiz en mano, está convencido de que él ‘escribirá uno mejor’. Es esa maravillosa arrogancia judía respecto a las posibilidades de la mente: ‘yo lo haré todavía mejor’” (Steiner, 2017, p. 35). Podríamos decir entonces que el juez interpretativista tiene la *jutzpa* de creer que él puede y tiene

¹⁶ Chesterton dice algo parecido en relación a la tradición: “Se puede definir la tradición como una extensión del electorado. Tradición significa darle votos a la más oscura de las clases, nuestros ancestros. Es la democracia de los muertos. La tradición rehúsa someterse a la pequeña y arrogante oligarquía de esos que meramente sucede que están caminando por ahí. Todos los demócratas objetan que los hombres sean descalificados por el accidente de su nacimiento; la tradición objeta que sean descalificados por el accidente de su muerte. La democracia nos dice que no descuidemos la opinión de un buen hombre, incluso si él es nuestro peón; la tradición nos pide que no descuidemos la opinión de un buen hombre, incluso si él es nuestro padre” (Chesterton, 1919, p. 221). Le agradezco mucho a Juan Ignacio Serrano por haberme hecho recordar este pasaje.

que mejorar el derecho, en lugar de obedecerlo y/o, llegado el caso, interpretarlo, si fuera necesario.

Volviendo a la coautoría por parte del juez dworkiniano, ella oscila entre ser redundante y contraproducente. Los jueces son “coautores” del derecho en un sentido muy amplio, ya que, por lo general, a juzgar por los diseños institucionales usuales, los jueces o algunos de ellos tienen la última palabra sobre cuál es el derecho vigente. Pero de ahí no se sigue que operen en el mismo nivel que los creadores del derecho.

En efecto, si el punto del interpretativismo fuera que no podemos saber *ex ante* cuál es el derecho vigente, esta creencia podría volverse contraproducente o una petición de principios. Después de todo, la interpretación es siempre *de algo*, en este caso *del derecho*, y debemos poder saber o entender algo del derecho con anterioridad a la interpretación. De otro modo, no solamente no estaríamos interpretando el derecho sino algo diferente, sino que tampoco sería una interpretación, por las razones que hemos visto más arriba.

Tal vez el punto interpretativista sea que la necesidad de la interpretación en coautoría se debe a cierta deficiencia epistémica del derecho en el sentido de que es típico del derecho cierta incertidumbre. Por ejemplo, da la impresión de que una norma jurídica puede ser derrotada por otra, fundamentalmente en el momento de su aplicación por los tribunales. Sin embargo, del hecho de que una norma pueda ser objeto de revisión no se sigue que el derecho sea incierto. Sin duda, desde el punto de vista de los practicantes el derecho puede ser incierto, incluso cuando es claro lo que el derecho exige. Pero esto es, en verdad, típico del derecho y proviene del hecho de que los jueces tienen un poder normativo de, por así decir, cambiar el derecho y revisarlo en numerosas ocasiones (como ocurre con el control de constitucionalidad), y dicho poder normativo proviene del mismo sistema jurídico, no de la interpretación valorativa de los jueces. Si los jueces, a veces, tienen que recurrir a la interpretación valorativa, eso se debe a una indicación del derecho, por así decir, no a que los jueces sean coautores del derecho, con independencia de que el derecho les confiera literalmente una *autorización*. En realidad, sabemos en general cuál es el derecho vigente, aunque no estemos seguros de si los jueces lo van a poner en práctica (Marmor, 2001, pp. 79-80).

Como dice Platón, la ley entonces es “déspota de los magistrados”, y los magistrados no son coautores sino “esclavos de las leyes” (Platón, 1999, p. 145; Maclean, 1992, pp. 62-63). Por supuesto, hasta los esclavos a veces tienen que interpretar las órdenes de sus amos, si es que no las entienden. Por supuesto, muchas veces la esclavitud en relación a la ley se presta a repetidas y conocidas hipocresías. Pero si hablamos todavía de hipocresía, eso se debe a que aquello que es burlado precisamente todavía existe, o a que, al menos, tiene sentido.

El derecho también puede ser descripto como una especie de Wikipedia, con la salvedad de que se trata de algo más que una página de Internet, ya que cuenta con instituciones con autoridad encargadas de que consultemos dicha enciclopedia obligatoriamente. Es una enciclopedia que debemos consultar y obedecer, incluso si supiéramos que el conocimiento que obtenemos de ella es erróneo, ya que la idea misma de autoridad consiste en que tendríamos razones para cumplir con ella, aun cuando supiéramos que la acción prescrita fuera errónea, y la única explicación de que debemos hacerlo es que ha sido prescrita por una autoridad. En cambio, lo que tal vez sea bastante frecuente, no tendría sentido decir que trataríamos como una autoridad a Wikipedia si nos diéramos cuenta de que lo que dice está equivocado. La razón es clara: mientras que Wikipedia es principalmente una fuente de conocimiento o de razones para creer, el derecho es esencialmente una fuente de razones para actuar independientes de contenido (Marmor, 2001, p. 101).

O si se quiere, podemos insistir con la obra en cadena, aunque en términos muy laxos. En efecto, se trata de una obra encadenada verticalmente, ya que la creación del derecho obedece un orden piramidal y, por lo tanto, sus eslabones no están horizontalmente encadenados como si fuera una poesía de E. Cummings y cada palabra tuviera exactamente el mismo peso o valor, o una composición dodecafónica en la cual las doce notas de la escala cromática son tratadas como equivalentes. En cambio, las instituciones jurídicas siguen cierta autoridad, siempre merced a una primera fuente indicada convencionalmente, que, a su vez, indica un autor particular con la capacidad de crear derecho, el que será aplicado por los tribunales. De ahí que, *desde el punto de vista legal o intrasistémico*, el derecho es un ejemplo de lo que Rawls llama “justicia

procedimental pura”, ya que no existe un criterio independiente de la forma jurídica que nos permita identificar cuál es el resultado correcto (Rawls, 1999, pp. 74-75).¹⁷ En cierto sentido, la última palabra la tienen los tribunales, pero eso se debe a que el propio sistema normativo lo ha dispuesto de ese modo, no a que haya un tribunal del cual podamos estar seguros de que nos proveerá de una respuesta correcta que muestra el derecho en su mejor luz. En todo caso, al menos modernamente, los jueces dan con una respuesta que es tomada como correcta porque corresponde al sistema normativo que los antecede, y no al revés. Insistir en la necesidad de interpretar y, sobre todo en la interpretación valorativa, hace que el derecho quede *completamente* en manos de los jueces.

Hermes: ¿Antígona o Creonte?

El interpretativismo no solo tiene serios problemas para acomodar la autoridad del derecho, sino que además no está exento de ciertas incoherencias internas. Una primera dificultad interna surge incluso si asumimos que el interpretativismo tiene razón cuando sostiene que el derecho es un fenómeno interpretativo en el sentido fuerte de la expresión. En efecto, en tal caso, deberíamos preguntarnos por qué no podríamos interpretar en su mejor luz las decisiones de los tribunales, siendo fieles al espíritu interpretativista. Si la respuesta fuera que la decisión del tribunal tiene autoridad, ella sería autofrustrante, ya que derribaría la tesis que esta corriente trata de defender.

En segundo lugar, supongamos una variación del mismo tema: un tribunal arriba a una decisión D, bastante controversial, sobre un caso en particular, y el derecho queda modificado por ley para hacer lugar a la nueva interpretación. Por ejemplo, supongamos que un tribunal haya decidido que, para reconocer una garantía penal en un caso correspondiente a un delito atroz, el acusado o condenado primero debe pasar por un test moral de cierta clase y que, luego, dicho test fuera incorporado por el derecho penal vigente. Un interpretativista coherente debería sostener que semejante cambio

¹⁷ Como dice Legendre (2005) en derecho “la respuesta final importa mucho menos que la liturgia puntual” (p. 97).

legislativo no haría gran diferencia, ya que el derecho es interpretativo de todos modos, y, por lo tanto, un juez mediante la interpretación valorativa podría llegar a una conclusión diferente sobre el derecho vigente. En este caso, si el interpretavista, otra vez, se hiciera positivista –esto es si dejara de hacer énfasis en la interpretación valorativa y en la coautoría de los jueces para empezar a privilegiar la autoridad del derecho– porque está de acuerdo con esa solución particular, en tal caso sería muy difícil evitar la conclusión de que está haciendo trampa. Por momentos, entonces, da la impresión de que al interpretativista le cabe lo que Renan decía a propósito de san Pablo: “era protestante para sí mismo, católico para los demás. Él se reservaba la revelación, el comercio sin intermediario con Cristo, la total libertad de conciencia, el rechazo de toda jerarquía. A los demás les tocaba obedecer sin rechistar, obedecer a Pablo porque Cristo le había encomendado que los guiase” (Carrère, 2015, p. 209). Daría la impresión, entonces, de que el interpretativista utiliza la tesis de la respuesta correcta para él y la tesis de la autoridad contra los demás.

En tercer lugar, y quizás esto sea más importante todavía, si el derecho es un fenómeno interpretativo por definición, cabe preguntarse: ¿por qué se interpretan solamente la Constitución y las leyes y, no se hace lo mismo con las sentencias, las fuentes mismas del derecho, los tribunales y los que los componen, etc.?

El interpretativismo tiene mucha razón al enfatizar la necesidad de prestarle atención al desacuerdo jurídico. Sin embargo, es ese desacuerdo precisamente el que explica la necesidad de que las decisiones legales tengan autoridad. Hablar de “interpretación” de una ley, cuando la comprendemos pero estamos en desacuerdo con ella y, por eso, la modificamos, no solamente es un error sobre la naturaleza del derecho, sino que es un error sobre qué es una interpretación. La interpretación supone cierta comunicación de un mensaje que proviene de un autor particular y que estamos tratando de entender, no de modificar. Los tribunales no son “talleres” en los que el derecho está sujeto a una continua revaluación y experimentación, sino que son instituciones cuya tarea consiste en entender y obedecer la autoridad de la Constitución y de las disposiciones

sancionadas por el poder legislativo. El “taller” del derecho, en todo caso, es el poder constituyente.¹⁸

En conclusión, el interpretativismo de Dworkin se presenta como una tercera posición entre el positivismo y el iusnaturalismo. Sin embargo, debido a su celo antipositivista, dicho interpretativismo termina acercándose peligrosamente a la posición de Antígona, confundiendo el derecho “en su mejor luz” o tal como debería ser, con el derecho realmente vigente –aunque sin dejar de hacer pie en las instituciones realmente existentes–, transformándose, de este modo, en la continuación de Antígona por medios institucionalistas. Esta manera de entender al derecho no solamente niega la pretensión de autoridad que caracteriza a todo derecho que se precie de ser tal, sino que, además, irónicamente consagra el derecho vigente al acercarlo demasiado a la moral. Si nos interesa dar cuenta de cómo funciona realmente el derecho y salvaguardar particularmente la autoridad del Estado de Derecho, es hora de alejarse de Antígona y de Hermes –el dios olímpico de la interpretación¹⁹– y de acercarse a Creonte, el vilipendiando antagonista de Antígona. En otras y muy pocas palabras, tal vez sea hora de pedir “menos Antígona y Hermes, y más Creonte”.

¹⁸ Quizás entonces el interpretativismo dworkiniano se sienta más cómodo *hasta cierto punto* en países del common law, pero tiene serias dificultades para explicar los sistemas continentales o de derecho civil.

¹⁹ Cabe recordar sin embargo que según Platón Hermes era un dios olímpico “‘intérprete’ (*‘hermênea’*) y mensajero, así como ladrón, mentiroso y mercader” (Platón, 2010, p. 565 [407e-408a]).

Bibliografía

- Aristóteles (2001). *Ética a Nicómaco*. (J. L. Calvo Martínez, trad.). Madrid: Alianza.
- Bastit, M. (2005). *El nacimiento de la ley moderna. El pensamiento de la ley de Santo Tomás a Suárez* (Trad. de N. Pereyro). Buenos Aires: EDUCA.
- Bate, J. (1997). *The genius of Shakespeare*. London: Picador.
- Carrère E. (2015). *El reino* (Trad. de J. Zulaika). Buenos Aires: Anagrama.
- Compagnon, A. (2015). *El demonio de la teoría* (Trad. de M. Arranza). Barcelona: Acantilado.
- Chesterton, G. K. (1919). *Heretics and Orthodoxy* (Paul A. Boer, Sr., ed.). New York: John Lane Company.
- Dworkin, R. (1986). *Law's empire*. Cambridge MA: Harvard University Press.
- Finnis, J. (1996). The truth in legal positivism. En R. P. George (Ed.), *The autonomy of law* (pp. 195-214). Oxford: Oxford University Press.
- Finnis, J. (2011). *Natural law and natural rights* (2da. ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Gadamer, H.G. (1990). *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik* (6ta. ed.). Tübingen: Mohr Siebeck.
- Gombrich, E. H. (2006). *The story of art* (16ta. ed.). Londres: Phaidon.
- Halio, J. L. (1992). "Introduction", En William Shakespeare, *The Tragedy of King Lear*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hegel, G.W.F. (1988). *Principios de la filosofía del derecho* (J. L. Vermal, trad.). Barcelona: EDHASA.
- Hollis, M. (1996). *Reason in action. Essays in the philosophy of social science*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kelley, D. (1987). Civil science in the Renaissance: the problem of interpretation. En Anthony Pagden (Ed.), *The languages of political theory in early-modern Europe* (pp. 57-79). Cambridge: Cambridge University Press.
- Kelsen, H. (2008). *Reine Rechtslehre* (1ra ed., Matthias Jestaedt, ed.), Tübingen: Mohr Siebeck.
- Lebrecht, N. (1997). *The Maestro myth*. Londres: Pocket Books.
- Legendre, P. (2005), *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique* (2da. ed.), París: Éditions du Seuil.
- Livingston, P. (2007), *Art and intention*. Oxford: Oxford University Press.

- Maclean, I. (1992). *Interpretation and meaning in the Renaissance. The case of law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Marmor, A. (2001). *Positive law and objective values*. Oxford: Oxford University Press.
- Marmor, A. (2005). *Interpretation and legal theory* (2da. ed.). Oxford: Hart Publishing.
- Marmor, A. (2011). *Philosophy of law*. Princeton: Princeton University Press.
- Montaigne, Michel de (2007). *Les essais*. (Jean Balsamo, Michel Magnien y Catherine Magnien-Simonin eds.). París: Gallimard.
- Moore, G. E. (1962). *Principia Ethica*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Nuttall, A. D. (2007). *Shakespeare the thinker*. New Haven: Yale University Press.
- Platón (1999). *Las leyes* (3ra. ed., trad. J. M. Pabón y M. Fernández-Galiano). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Platón (2010). *Crátilo*, en *Platón I* (José Luis Calvo, trad.). Madrid: Gredos.
- Pocock, John G. A. (1975). *The Machiavellian moment: Florentine political thought and the Atlantic tradition*. Princeton: Princeton University Press.
- Prodi, P. (2008). *Una historia de la justicia. De la pluralidad de fueros al dualismo moderno entre conciencia y derecho* (Trad. L. Padilla López). Buenos Aires: Katz Editores.
- Rawls, J. (1999). *A theory of justice* (ed. rev.), Oxford, Oxford University Press, 1999.
- Raz, J. (1990). *Practical reasons and norms* (2da. ed.). Princeton: Princeton University Press.
- Raz, J. (2009), *Between authority and interpretation. On the theory of law and practical reason*. Oxford: Oxford University Press.
- Rosler, A. (2011a). Reasonableness, thy name is nature. *Jurisprudence*, 2, 529-545.
- Rosler, A. (2011b). El constitucionalismo político de Carl Schmitt. En AA.VV., *Cuadernos de derecho constitucional* (pp. 17-54). Buenos Aires: Hydra.
- Shakespeare, W. (1982). *Troilus and Cressida*. (Kenneth Muir ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Steiner, G. (2017). *A Long Saturday. Conversations* (Laura Adler ed.). Chicago: The University of Chicago Press.
- Wagner, R. (1997). *Die Walküre*. (Trad. R. Sabor). Londres: Phaidon.
- Zaffaroni, E. (1980). *Tratado de Derecho Penal. Vol. 1* (1ra. ed.), Buenos Aires: Ediar.